Etapa intermedia y determinación del tipo subjetivo

i) La evaluación de la excepción de improcedencia debe ser estrictamente jurídica y vinculada a los hechos que propuso el representante del Ministerio Público tanto en su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria como en su requerimiento de acusación. **ii)** La configuración del tipo subjetivo exige al representante del Ministerio Público la actuación de medios probatorios suficientes. **iii)** La etapa intermedia no es el momento procesal oportuno para desestimar el tipo subjetivo.

Lima, seis de marzo de dos mi diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el abogado de **Raimundo Espinoza Sánchez** contra el auto de vista expedido el primero de septiembre de dos mil diecisiete por los señores jueces superiores que integran la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en el que por mayoría:

i) Revocaron la Resolución número 9, expedida el siete de julio de dos mil diecisiete por el señor juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por Espinoza Sánchez en el proceso seguido en su contra por la presunta comisión del delito contra el patrimonio-daño simple, en agravio de Sayda Rodríguez Soto; y

ii) Reformándola, declararon infundada la excepción antes mencionada.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Ámbito del pronunciamiento

Elevada la causa a la Corte Suprema de Justicia, inicialmente se avocaron a su conocimiento los señores jueces que integraron la Segunda Sala Penal Transitoria, quienes, luego de cumplido el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad para obrar, expidieron el auto de calificación de once de junio de dos mil dieciocho –folios 42 a 48–, y lo declararon bien concedido por los motivos previstos en los incisos 3 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal –en adelante NCPP–.

Por tanto, el presente recurso se enfocará en determinar dos materias específicas:

1.1. Si en la excepción de improcedencia de acción corresponde evaluar el tipo subjetivo, y si con tal motivo se pueden realizar conclusiones probatorias respecto al juicio de responsabilidad penal.

1.2. Si se produce el apartamiento de jurisprudencia respecto a una decisión que no ostenta el carácter de vinculante.

Segundo. Fundamentos de la impugnación

2.1. Casación sustantiva: indebida aplicación de normas jurídicas necesarias para el derecho penal (inciso 3 del artículo 429 del NCPP)

El auto recurrido importa una falta de aplicación de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, tales como los artículos 923[1], 924[2] y 962[3] del Código Civil para determinar la configuración del delito de daños, previsto en el artículo 205 del Código Penal.

---

[1] **Artículo 923.-** La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

[2] **Artículo 924.-** Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al

El mandato contenido en las normas extrapenales mencionadas determina *ipso iure* la correspondencia de una vía específica para dilucidar la defensa de los derechos e intereses que reclama la agraviada.

A partir de la lectura de las normas del Código Civil se desestima la concurrencia del dolo eventual en la conducta materia de juzgamiento.

2.2. Casación jurisprudencial: infracción de doctrina jurisprudencial (inciso 5 del artículo 429 del NCPP)

El auto recurrido se apartó de la doctrina jurisprudencialmente establecida por la Corte Suprema en la Sentencia de Casación número 581-2015/Piura, que estipuló lo siguiente:

> 8.1. La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente; ello en virtud a la exigencia del principio de legalidad, conforme lo prevé el artículo seis, inciso 1), literal b), del Código Procesal Penal.
>
> 8.5. El segundo supuesto, referido cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente, entiende que toda relación jurídica que requiera una intervención y solución judicial mediante la aplicación del derecho es justiciable, y todo acto delictuoso es justiciable penalmente. Sobre la base de dicha afirmación se puede llegar a otro razonamiento; la conducta merece ser justiciable pero no penalmente; no se requiere de la intervención del juez penal para su solución, es justiciable pero en

---

estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados.

[3] **Artículo 962.-** Al propietario de un inmueble no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios.

otra vía distinta a la penal, pues la argumentación se reduce a la ausencia de tipicidad en la conducta que se ha calificado

Tercero. Imputación fáctica

Sayda Rodríguez Soto tiene fijada su residencia en el inmueble de su propiedad, ubicado en el lote 21 de la manzana A de la Asociación Pro Vivienda Campiña Alta del distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco, el cual colinda por el lado derecho con la propiedad de Raimundo Espinoza Sánchez, y edificó una construcción de un nivel de material noble sobre una estructura de concreto armado de columnas y vigas, y losa aligerada en un área de 97 metros cuadrados.

Se atribuye a Raimundo Espinoza Sánchez, en su condición de propietario del predio colindante al de la propiedad de la agraviada Sayda Rodríguez Soto, haber iniciado el treinta y uno de julio de dos mil trece obras de remoción de una vivienda de una planta de material de adobe que tenía edificado en él, para luego, el veintisiete de agosto de dos mil trece, ejecutar una excavación de suelo y subsuelo en toda el área del terreno que colinda con la propiedad de la agraviada, para lo cual empleó una maquinaria (retroexcavadora), a sabiendas de que el terreno sobre el que yacía la vivienda no era sólida, por tratarse de uno cuya estructura es de relleno, por la presencia a simple vista de restos de material de desecho (entre ellos, plásticos de diversos colores, botellas descartables, ropa usada, etcétera).

Luego de haber excavado más de un metro con treinta centímetros de altura, quedaron expuestas la cimentación y las bases de las columnas sobre las que se encontraba estructurada la aludida vivienda. Dichas obras se continuaron ejecutando progresivamente hasta su conclusión.

Pese a ser evidente la posibilidad de que se afectara la vivienda edificada, no se adoptaron las medidas de seguridad de orden técnico

para garantizar la estabilidad del terreno donde se hallaba edificado el inmueble de la agraviada (esto es, la ejecución progresiva de la obra de excavación para realizar las calzaduras en el muro de contención), lo que era imprescindible ejecutar por la profundidad de la excavación. Al no desarrollar esto, se causó la inclinación del terreno hacia el lado derecho de 4.2 centímetros y, por consiguiente, se ocasionaron severos daños a la estructura de la vivienda, como rajaduras en los muros y pisos, fisuras en las vigas y columnas, y se descuadraron los marcos de los vidrios de las ventanas y las puertas.

Debido a los daños causados a la vivienda, la Oficina de Defensa Civil de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, el veintisiete de agosto de dos mil trece, la declaró inhabitable y de alto riesgo. Mientras tanto, el imputado prosiguió con la ejecución de su vivienda de cinco niveles y un semisótano que a la fecha se encuentra concluida.

Cuarto. Itinerario del procedimiento

4.1. El señor fiscal representante del Primer Despacho de investigación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco, el treinta de noviembre de dos mil diecisiete, formuló requerimiento de acusación contra Raimundo Espinoza Sánchez como presunto autor de la comisión del delito contra el patrimonio-daños, en agravio de Sayda Rodríguez Soto. En consecuencia, planteó que se le imponga la pena de siete meses de privación de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año –folios 1 a 15 del cuaderno de apelación–.

4.2. El magistrado del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria-Sede Central de la Corte Superior de Justicia del Cusco dispuso el traslado de la acusación por el plazo de diez días hábiles a los sujetos procesales con interés y legitimidad para obrar, para que

procedan con las observaciones formales o sustanciales al requerimiento antes mencionado –folios 16 y 17–.

4.3. Sayda Rodríguez Soto, la agraviada, cumplió con absolver la acusación fiscal –folios 74 a 82–. Asimismo, propuso la suma de S/ 300 000 (trescientos mil soles) como monto de pago por concepto de reparación civil. Cumplido ello, el juez encargado de la etapa intermedia, mediante Resolución número 2, del veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, fijó fecha para la audiencia de control de acusación. Sin embargo, mediante escrito del veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, el imputado Espinoza Sánchez formuló la nulidad de actuados e indicó no haber sido notificado con la acusación a la dirección procesal que fijó. El mencionado planteamiento fue amparado por el *A quo* –tal como consta en la resolución emitida el tres de marzo dos mil diecisiete, obrante en los folios 88 y 89–, por lo que la causa se retrotrajo a la etapa de traslado de acusación, en la que efectuó las observaciones al requerimiento acusatorio –conforme consta en los folios 90 a 119–.

4.4. Como consecuencia de lo mencionado, se llevó a cabo la audiencia de control de acusación el cinco de julio de dos mil diecisiete, oportunidad en la que el abogado de Espinoza Sánchez dedujo la excepción de improcedencia de acción, que en primera instancia fue amparada, conforme consta en la resolución pronunciada el siete de julio de dos mil diecisiete –folios 243 a 249–.

4.5. Contra la decisión que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, la agraviada formuló recurso de apelación, el cual determinó que los señores jueces que integraban la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco emitieran el auto de vista del

primero de septiembre de dos mil diecisiete, en el que por mayoría revocaron el auto de primera instancia y, reformándolo, declararon infundado el medio de defensa técnico planteado.

4.6. Posteriormente, el abogado de Espinoza Sánchez interpuso recurso de casación, el cual fue admitido a nivel superior, conforme da cuenta el auto del treinta de octubre de dos mil diecisiete –folios 17 y 18 del cuaderno de casación–.

4.7. Elevada la causa a la Corte Suprema, y cumpliendo con el procedimiento formal establecido en el artículo 430 del NCPP, quienes integraron la Segunda Sala Suprema Penal Transitoria expidieron el auto de calificación referido en el apartado primero de los fundamentos de hecho.

4.8. Durante la tramitación necesaria, el señor fiscal representante de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal formuló su opinión, vía el Requerimiento número 44-2019-MP-FN-SFSP, en el cual solicitó que se declare infundada la casación admitida. En tanto que la agraviada Rodríguez Soto, vía escrito ampliatorio, también solicitó que se declare infundado el recurso planteado por Espinoza Sánchez.

4.9. Cumplido con lo estipulado en el inciso 1 del artículo 431 del Código Procesal Penal, mediante decreto del seis de febrero de dos mil diecinueve, esta Suprema Sala fijó fecha para la vista de la causa para el seis de marzo de dos mil diecinueve, en la cual intervinieron el señor abogado Víctor Castelo Tamayo, en representación del procesado Espinoza Sánchez, y el señor fiscal Alcides Chinchay Castillo. Culminada la audiencia, de inmediato se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, corresponde

pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre la configuración del motivo casacional previsto en el inciso 3 del artículo 429 del NCPP

1.1. El inciso 3 del artículo 429 del NCPP establece como causa de casación la siguiente: "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"

1.2. La estructura del mencionado precepto permite establecer los siguientes supuestos:

1. Si la sentencia importa una indebida aplicación de la ley penal.
2. Si la sentencia importa una errónea interpretación de la ley penal.
3. Si la sentencia importa una falta de aplicación de la ley penal.
4. Si la sentencia importa una indebida aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
5. Si la sentencia importa una errónea interpretación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
6. Si la sentencia importa una falta de aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
7. Si el auto importa una indebida aplicación de la ley penal.
8. Si el auto importa una errónea interpretación de la ley penal.
9. Si el auto importa una falta de aplicación de la ley penal.
10. Si el auto importa una indebida aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
11. Si el auto importa una errónea interpretación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
12. Si el auto importa una falta de aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.

1.3. La pretensión del casacionista se enmarca en el supuesto número 12, esto es, la falta de aplicación de los artículos 923 –la

propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley– y 962 –al propietario de un inmueble no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios– del Código Civil, normas que regulan los poderes jurídicos y prohibiciones del propietario de un bien inmueble.

1.4. Con el fundamento mencionado se dedujo una excepción de improcedencia de acción, medio de defensa técnico previsto en el literal b del inciso 1 del artículo 6 del NCPP, el cual prevé dos supuestos: **i)** cuando el hecho no constituye delito[4] y **ii)** cuando el caso no es justiciable penalmente[5], y situó en ambos extremos su pretensión. Empero, por el tenor del planteamiento de su excepción, no corresponde analizar si el hecho no es justiciable penalmente, sino si los hechos atribuidos a Espinoza Sánchez constituyen o no delito a partir de la evaluación de la tipicidad y la antijuridicidad.

1.5. Así, de un lado indica que el hecho no constituye delito porque no obró de manera dolosa, y que el tipo penal de daños es uno cuya comisión no se produce mediando dolo eventual. Sin embargo, el cuestionamiento a la tipicidad subjetiva, dolo o culpa, no es una materia que pueda dilucidarse vía excepción, dado que la mencionada determinación requiere,

[4] Abarca la evaluación de los juicios de tipicidad y antijuridicidad.

[5] "Se ubica en la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad, o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria". En: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, 2015, p. 284.

necesariamente, la realización de actividad probatoria en la que, luego del juicio respectivo, se establezca una conclusión –aproximativa– de las intenciones que tuvo el procesado al realizar su conducta, en virtud del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal –la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva–, el cual ordena a quien expida un fallo la determinación suficiente del tipo subjetivo.

1.6. Estimar una conclusión respecto a la tipicidad subjetiva constituiría una decisión que afectaría el derecho al debido proceso de las partes procesales, el cual debe ser cautelado por el juez de investigación preparatoria.

1.7. La evaluación de la excepción de improcedencia debe ser estrictamente jurídica y vinculada a los hechos que propuso el representante del Ministerio Público tanto en su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria como en su requerimiento de acusación. La evaluación de esta excepción tendrá en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación, y en este último expresó que Espinoza Sánchez, al momento de realizar las excavaciones para la construcción del sótano en terreno de su propiedad, utilizó maquinaria pesada –retroexcavadora–, que removió la cimentación del inmueble de propiedad de la agraviada, convirtiéndolo así en un predio que fue declarado inhabitable, pese al Informe de Defensa Civil número 32-2013-DC-GDUR-EASM, del veintiséis de agosto de dos mil trece, que concluyó que la construcción representaba un alto riesgo que podía ocasionar un daño mayor y recomendó al imputado la paralización de la obra. Por tanto, surge un escenario de

insuficiencia para desestimar la ausencia de tipicidad subjetiva, y se aprecia que el juez de primera instancia realizó una conclusión probatoria en un momento procesal inoportuno.

1.8. En cuanto al juicio de antijuridicidad, se debe evaluar que el ejercicio de los poderes jurídicos de la propiedad se ha de efectuar en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley, según lo ordena el artículo 923 del Código Civil. Sin embargo, la imputación de haber efectuado trabajos empleando maquinaria que dañó el bien ajeno al extremo de dejarlo inhabitable no se trataría de una conducta ordinaria y enmarcada en el ejercicio del derecho a la propiedad, pues a la par del artículo 924 del Código Civil –aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados–, cuya aplicación reclama el procesado, también resultaría aplicable el artículo II del Título Preliminar del mencionado código, referido al ejercicio abusivo del derecho –la Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al mandar la indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso–, dado que colocar en una situación de vulnerabilidad al vecino, en sí misma, constituiría una conducta abusiva no amparada por el derecho de propiedad, la cual superaría el juicio de antijuridicidad y limitaría el amparo a la excepción deducida.

1.9. El límite fino entre el ejercicio del derecho a la propiedad –cuya aplicación de preceptos civiles demanda el procesado– y el tipo penal de daños –previsto en el artículo 205 del Código Penal, que sanciona a quien daña, destruye o inutiliza un bien inmueble, total o parcialmente

ajeno– se halla determinado por el tipo subjetivo, en el cual se deberán evaluar las advertencias que la autoridad administrativa hizo al imputado para detener la ejecución de la obra y, al mismo tiempo, las autorizaciones con las que Espinoza Sánchez contaba para la ejecución de los trabajos en su propiedad. Sin tal actuación, la atipicidad declarada en primera instancia es insuficiente.

1.10. La concurrencia de las normas civiles –artículos 924 y 962 del Código Civil– de naturaleza privada determinan, cuando menos, la obligación de indemnizar y reparar el daño; mas no hacen atípica la conducta. Independientemente de la fragmentariedad con la que opera el derecho penal, el tipo delictivo de daños tiene naturaleza criminal, y se evalúa el proceder lesivo de quien lo ejecuta en la vulneración del bien ajeno.

1.11. Asimismo, es importante evaluar que el procesado ampara su pretensión en su obligación de indemnización y reparación del bien dañado. Sin embargo, se debe valorar que los hechos datan del mes de julio de dos mil trece y hasta la fecha de la vista de la causa transcurrieron cinco años y ocho meses, aproximadamente, tiempo en el cual la agraviada persistió en su pretensión indemnizatoria que como parte civil le compete y no se aprecia que el imputado hubiera cumplido con las obligaciones que ahora se demandan como imperativas en su ejercicio del derecho a la propiedad, pues no reparó ni indemnizó el hecho que el fiscal postuló en su acusación. Este proceder omisivo, desde luego, constituye fundamento adicional para la evaluación tanto de la tipicidad subjetiva

como de la propia antijuridicidad en la etapa probatoria correspondiente.

1.12. Sin ingresar a realizar una valoración de los medios probatorios postulados en la acusación, constituye obligación de toda persona el respeto a los bienes jurídicos ajenos. Por ello, nadie puede vulnerar o dañar el bien ajeno al extremo de dejarlo inhabitable, pese a constataciones policiales, cartas notariales e informes de Defensa Civil. Ampararse en normas de derecho civil para persistir en el tiempo en la afectación del derecho de propiedad de su vecino no resiste el juicio jurídico razonable de respeto a las normas básicas de convivencia. Por tanto, este extremo también exige amplio debate probatorio y suficiente en el que se determine la intencionalidad del imputado.

1.13. En consecuencia, la decisión emitida por la Sala Superior no es una que inaplique las normas del derecho privado, sino una que razonablemente demanda actividad probatoria en aras de no desestimar de modo anticipado un elemento trascendente del tipo penal.

Segundo. Sobre la configuración del motivo casacional previsto en el inciso 5 del artículo 429 del NCPP

2.1. El casacionista afirma que la decisión emitida a nivel superior se habría apartado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en la sentencia de Casación número 581-2015/Piura –caso Edita Guerrero–. Sin embargo, tal decisión no constituye una vinculante que cumpla con la exigencia prevista en el inciso 3 del artículo 433 del NCPP.

2.2. Además, sobre la materia y en el mismo año, los señores jueces que integraron la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

expidieron la Sentencia de Casación número 407-2015/Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, en la cual establecieron con precisión que el juicio procesal de responsabilidad penal no corresponde ser examinado en una excepción de improcedencia de acción y que este medio de defensa técnico se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad. Esta última decisión es la que brinda mayores alcances para la solución del caso juzgado, y para resolver la controversia respecto al ámbito de evaluación y decisión ante el planteamiento de una excepción de improcedencia de acción.

2.3. Sin embargo, las mencionadas decisiones, al no tener el carácter de vinculante, no cumplen con la exigencia de procedibilidad que demanda el inciso cinco del artículo 429 del NCPP. Por tanto, no es amparable el planteamiento referido al apartamiento jurisprudencial postulado como causa de fundabilidad para revocar el auto de vista, el cual, como consecuencia de lo resuelto, debe ser ratificado.

2.4. Finalmente, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 504 del NCPP, corresponde imponer las costas procesales al recurrente.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el abogado de **Raimundo Espinoza Sánchez** contra el auto de vista expedido el primero de septiembre de dos mil diecisiete por los señores jueces superiores que integran la Primera Sala Penal

Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en el que por mayoría: **i)** revocaron la Resolución número 9, expedida el siete de julio de dos mil diecisiete por el señor juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por Espinoza Sánchez en el proceso seguido en su contra por la presunta comisión del delito contra el patrimonio-daño simple, en agravio de Sayda Rodríguez Soto; y **ii)** reformándola, declararon infundada la excepción antes mencionada. En consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista y ordenaron la continuación del proceso.

II. **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas por la desestimación del recurso de casación.

III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema.

IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

IASV/AJSR